érudit
www.erudit.org

Article

« La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien »

Stéphane Bernatchez

Politique et Sociétés, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 89-113.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: http://id.erudit.org/iderudit/040226ar

DOI: 10.7202/040226ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. *Érudit* offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Document téléchargé le 16 novembre 2015 06:33

LA CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Stéphane Bernatchez*
Université de Montréal

La persistance du débat animant la réflexion sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité témoigne de l'insuffisance des différentes théories élaborées jusqu'à maintenant pour justifier la justice constitutionnelle. La polémique relative à l'avènement du juge et à la montée du contrôle constitutionnel dans les démocraties occidentales vise, tout bien considéré, le droit lui-même, censé agir contre le politique[1]. En faisant de l'émergence du juge constitutionnel et du pouvoir judiciaire l'une des causes du malfonctionnement de la démocratie contemporaine, ces critiques associent la crise du juge au mouvement de revalorisation du droit. Cependant, celles-ci ne perçoivent pas en quoi la modification de la fonction de juger n'est qu'une indication de la transformation en cours de la démocratie et du droit[2]. S'agissant du juge constitutionnel canadien, il lui faut donc s'abstenir de contribuer, comme il n'a de cesse de le faire, à alimenter le doute quant à sa légitimité en faisant preuve à la fois d'activisme et de retenue, ou tantôt de l'un, tantôt de l'autre. De plus, ce débat illustre le fait que la valeur symbolique des droits et libertés ne suffit pas à compenser, contrairement à ce que certains prétendent[3], pour le caractère antimajoritaire de la révision judiciaire. Il aura effectivement fallu attendre la constitutionnalisation des droits et libertés pour

* Cette étude s'inscrit dans le cadre de recherches doctorales ayant bénéficié de l'appui financier du CRSH.

1. Voir notamment : Michel Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, vol. 64, 1991, p. 149.
2. Jacques Lenoble, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », dans Jacques Lenoble (dir.), *La crise du juge*, Bruxelles-Paris, Story-Scientia-L.G.D.J. (coll. La pensée juridique), 1990, p. 139-156.
3. Voir notamment : Philip Zylberberg, « The Problem of Majoritarianism in Constitutional Law : A Symbolic Perspective », *Revue de droit de McGill*, vol. 37, 1992, p. 27.

Stéphane Bernatchez, Faculté de droit, Université de Montréal, C.P. 6128, Succ. Centre-Ville, Montréal (Québec), Canada, H3C 3J7.

courriel : stephane.bernatchez@umontreal.ca

que s'amorce au Canada le débat sur la légitimité[4], qui fut mené tout autant dans la perspective politologique que juridique. Trop souvent les analyses se sont limitées à dénoncer le déplacement du pouvoir décisionnel vers les tribunaux et, ainsi, à considérer illégitime l'action du juge qui n'est ni élu ni responsable devant l'électorat, et ce, sans questionner la conceptualisation du principe démocratique à la lumière duquel peut être évaluée la légitimité[5].

La présentation habituelle de la question du juge constitutionnel reste rivée au schéma classique de la pensée juridique moderne, caractérisé par la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs et le paradigme démocratique élémentaire : « La critique de la justice constitutionnelle est, certes, constamment menée par rapport au partage des compétences entre le Législateur démocratique et la Justice ; la querelle porte donc toujours sur le principe de la séparation des pouvoirs.[6] » Ainsi, en vertu du modèle à la source du débat, le positivisme juridique, le critère à l'aune duquel se mesure la légitimité de la justice constitutionnelle relève d'une conception classique du principe de la séparation des pouvoirs : le législatif, dépositaire de la légitimité des normes juridiques, crée le droit, alors que le pouvoir judiciaire ne fait qu'appliquer ces normes, il ne les justifie pas. La justification et l'application du droit appartiennent alors à deux registres de discours. Cette dichotomie se révèle certes un élément important de la rhétorique utilisée par la Cour suprême afin de légitimer son action. « Mais en invoquant la distinction, la Cour se couvre du drapeau de la conception classique de la fonction judiciaire, en présentant son mode d'intervention comme judiciaire et non politique. [...] Si l'on admettait qu'il n'y a pas de grandes différences entre les fonctions des juges et celles des législateurs, comment justifier alors le contrôle judiciaire dans une société démocratique ?[7] »

---

4. Pour un historique du contrôle de la constitutionnalité sous le partage des compétences (*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U, c.3) et la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c.11 — ci-après parfois désignée la *Charte*), voir : Jacques Frémont, « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », dans *Droit contemporain — 1994*, (Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé — Athènes 1994), Montréal, Éd. Blais, 1995, p. 644.
5. Voir notamment : Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs-Merrill, 1962; Michael Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996 ; Frederick L. Morton et Rainer Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992 ; Christopher P. Manfredi, *Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism. Judicial Power and the Charter*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993.
6. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
7. Marc Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels », Revue juridique Thémis vol. 22, n° 1, 1988, p. 18.

Résumé. La constitutionnalisation des droits et libertés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* continue de susciter des débats quant à la légitimité du contrôle constitutionnel par les tribunaux. L'auteur analyse la controverse doctrinale sur la justice constitutionnelle en présentant les différentes idées élaborées par les critiques de ce contrôle et les théories qui cherchent à en justifier la légitimité. Selon l'auteur, ce débat demeure marqué par le positivisme juridique, ce qui laisse entrevoir la nécessité de repenser la fonction du juge constitutionnel sur la base de conceptions plus satisfaisantes du jugement juridique, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie.

Abstract. The constitutional entrenchment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* continues to generate considerable debate about the legitimacy of judicial review. The author assesses contemporary discourse surrounding constitutional adjudication by exposing the arguments of both critics and defenders of judicial review According to the author, the debate remains marked by legal positivism, leading to the necessity to distinguish the role of a constitutional judge on the basis of more satisfying conceptions of legal judgement, separation of powers, and democracy.

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité soulève de nombreuses questions, évidemment complexes, mais néanmoins fondamentales pour le débat contemporain en philosophie et en théorie du droit. Dans ce texte-ci, je me limiterai à une analyse critique du débat doctrinal relatif à la légitimité de la justice constitutionnelle. La première partie présente les différentes critiques de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. La seconde partie exposera les différentes théories qui tentent de légitimer le juge constitutionnel, en expliquant leurs principales limites. Cette revue de la littérature est fondée sur l'hypothèse selon laquelle tant les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité que la plupart des théories qui ont tenté d'en fonder la légitimité semblent demeurer prisonnières des présupposés positivistes du jugement juridique et du rôle du pouvoir judiciaire.

LES CRITIQUES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

(1) Depuis que la Cour suprême des États-Unis s'est arrogé le droit de contrôler la constitutionnalité des lois en regard des droits et libertés consacrés par le *Bill of Rights* dans l'affaire *Marbury* c. *Madison*[8], le phénomène du contrôle judiciaire de constitutionnalité

8. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

s'est développé dans de nombreux États de droit. Là où de telles cours constitutionnelles ou suprêmes existent, « leur position dans l'agencement des compétences au sein de l'ordre constitutionnel et la légitimité de leurs décisions sont contestées[9] ». S'est ainsi édifié en théorie constitutionnelle tout un débat où les justifications avancées semblent difficilement réfuter les attaques adressées au contrôle judiciaire de constitutionnalité. Quant aux auteurs canadiens, ils se sont largement inspirés du débat doctrinal étatsunien, à telle enseigne qu'il s'agit parfois d'un calque[10].

Les critiques formulées à l'égard du nouveau régime politique et constitutionnel créé par la réforme constitutionnelle de 1982, et plus spécifiquement la *Charte canadienne des droits et libertés*, concernent principalement la juridicisation et la judiciarisation. Le phénomène de la juridicisation[11] se caractérise par la traduction des questions politiques, sociales et économiques dans le langage juridique et, *a fortiori*, dans le discours des droits et libertés. Ainsi, le droit accaparerait des questions qui, jadis, relevaient de la sphère politique. Cette colonisation du politique par le droit s'accompagne d'une intervention croissante du juge dans certains domaines, tels la famille et l'éducation scolaire[12]. Cette juridicisation soulève plusieurs critiques. Certaines estiment qu'en remplaçant la prise de décision politique, la norme légale, en raison de son caractère technique, « recouvre les problèmes socio-économiques d'un voile d'abstractions destiné à déguiser et à banaliser le contenu politique des choix de société.[13] » En plus d'avoir pour effet de « rendre infiniment plus difficiles les compromis politiques sur des questions à propos desquelles il n'existe pourtant aucun consensus social », « la rhétorique des droits et libertés confère un caractère absolu et non débattable à des questions qui sont pourtant traditionnellement considérées comme pouvant

9. J. Habermas, *op. cit.*, note 6, p. 262.
10. Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Blais, 1991; Peter W. Hogg, « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 25, 1987, p. 87.
11. Gunther Teubner écrit: « La "juridicisation" est une affreuse expression, et désigne une chose affreuse. L'ancienne formule de la profusion du droit, "*fiat justitia, pereat mundus*" avait encore l'héroïque beauté de la recherche inconditionnelle de la justice. Aujourd'hui, ce n'est plus la perte du monde que l'on redoute avec la nouvelle profusion du droit, mais la "pollution juridique", la pollution par le droit. » dans *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J. (coll. La pensée juridique), 1996, p. 51.
12. Jürgen Habermas parle de « la colonialisation du monde vécu par le droit »: *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, t. 2, p. 403 et suiv.
13. François Rocher et Daniel Salée, « Charte et société: vers un nouvel ordre politique canadien? », *Politique*, vol. 35, n° 20, 1991, p. 46.

faire l'objet de divergences légitimes entre personnes raisonnables.[14] » Cette conséquence se manifesterait non seulement sur les questions traduites en termes juridiques, mais aussi sur les droits et libertés eux-mêmes : « au nom de l'universalité des valeurs reconnues dans les Déclarations des droits, une pression intellectuelle et morale pesante s'exerce contre toute polémique publique portant non pas sur ces principes généraux, effectivement admis, mais bien sur la manière dont ils sont institutionnalisés, sur la gestion qui en est faite [...] comme si s'interroger sur le mode d'emploi des droits de l'homme revenait en quelque sorte à s'opposer à l'idée même de droits fondamentaux[15] ». Quant à la judiciarisation, ce recours aux tribunaux pour le règlement des différends soustrait au pouvoir législatif des questions pour les confier à une décision judiciaire à la lumière de la constitution. Ainsi, sous l'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette judiciarisation équivaut à une constitutionnalisation du système politique : une fois traduites dans le langage des droits et érigées au statut de droits inaliénables, les revendications ne sont plus négociables, ce qui abolit toute possibilité de compromis au niveau des institutions politiques traditionnels[16].

Ces critiques de la juridicisation et de la judiciarisation se veulent, du même coup, une critique du libéralisme comme épistémè. Dépeinte comme le point culminant de la pensée libérale classique, la constitutionnalisation des droits et libertés constituerait une américanisation de la société politique canadienne, axée sur les valeurs d'individualisme, d'autonomie et de liberté[17]. Ce projet politique heurterait les fondements du système politique canadien : « Ainsi, le principal défi qui se pose aux sociétés libérales contemporaines comme la nôtre semble découler de ce qu'elles sont des républiques de citoyens dont la dimension "communautaire" de la vie moderne, tant familiale qu'étatique, est menacée par des perspectives "atomistes" »[18].

---

14. José Woehrling, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec » dans Pierre Patenaude (dir.), *Québec — Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Actes du colloque tenu le 22 mai 1991, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 157.
15. Robert Vandycke, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1986, p. 139, 140.
16. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, p. 144.
17. F. Rocher et D. Salée, *loc. cit.*, note 13, p. 51.
18. Charles Taylor, « Des avenirs possibles : *la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle* » dans Alan C. Cairns et Cynthia Williams (dir.), *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, vol. 33 des annexes du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique

Ces critiques, dont je n'ai jusqu'ici qu'esquissé les principales idées, ont été formulées à la fois par des philosophes, des sociologues, des politologues et des juristes, surtout au Canada anglais[19]. Avant d'examiner de manière plus approfondie leurs écrits, il me semble pertinent de présenter ce qui leur sert de fondement sur le plan de la théorie (ou de l'antithéorie[20]) du droit. Car, en effet, ces analyses puisent, ouvertement ou non, aux thèses des *Critical Legal Studies*.

(2) Héritiers de l'école réaliste américaine, les tenants des *Critical Legal Studies* (*CLS*) mettent en lumière à la fois la dimension idéologique du droit, son caractère indéterminé et son impossible fondation légitime. Le mouvement des *CLS* se veut en fait une critique externe du droit moderne, c'est-à-dire une critique qui ne laisse subsister aucune reconstruction possible, puisqu'il « rejette toute idée de droit qu'il entend remplacer par des prises de positions politiques[21] ». Suivant ce mouvement, alors que le droit prétend à une neutralité axiologique sous le couvert du formalisme, il « reflète, confirme et recrée les divisions et hiérarchies sociales[22] » : « Selon les tenants de cette approche, le droit, dans la tradition de l'idéologie

---

et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 231. Au sujet de l'effet de la *Charte* sur la culture politique canadienne, voir les travaux de Alan C. Cairns, notamment : « Citizens and their Charter : Democratizing the Process of Constitutional Reform » dans Michael D. Behields, *The Meech Lake Primer : Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, p. 109-124 ; « A Defense of the Citizens' Constitution Theory : A Response to Ian Brodie and Neil Nevitte », *Revue canadienne de science politique*, vol. XXVI, 1993, p. 262 ; « The Charter : A Political Science Perspective », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 30, 1993, p. 618 ; « Citizens (Outsiders) and Governments (Insiders) in Constitution-Making : The Case of Meech Lake », *Analyse de politiques*, vol. XIV, 1988, p. S121-145 ; *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992.

19. Voir notamment : Richard F. Devlin, « The Charter and Anglophone Legal Theory », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. IV, 1997, p. 19. Au Québec, les analyses ont surtout porté sur le caractère illégitime de la réforme constitutionnelle de 1982 eu égard à la question nationale québécoise. Voir notamment : Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992 ; Guy Laforest, « L'esprit de 1982 » dans Louis Balthazar, Guy Laforest et Vincent Lemieux (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada 1980-1992 : Enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, p. 147-163 ; Christian Dufour, « Le mal canadien » dans L. Balthazar, G. Laforest et V. Lemieux (dir.), *ibid.*, p. 109-118.
20. Lukas K. Sosoe, « Quand juger c'est appliquer » dans Lukas K. Sosoe, *La vie des normes & l'esprit des lois*, Montréal, Harmattan (coll. èthikè), 1998, p. 11-52, notamment page 37.
21. *Ibid.*, p. 35.
22. Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 121 (traduction de l'auteur de l'article).

libérale, vise à maintenir et à stabiliser l'inégalité des arrangements sociaux existants en les donnant presque comme inévitables[23] ».

Prenant acte du débat entre le *jus naturalisme* et le positivisme juridique quant à la fondation du droit, le discours postmoderne des *CLS* considère que ce point d'origine ne peut être qu'une instance autofondatrice, par ailleurs ni illégale ni illégitime : « Son moment de fondation ou d'institution même (qui n'est d'ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d'une histoire puisqu'il le déchire d'une décision), l'opération qui consiste à fonder, à inaugurer, à justifier le droit, à faire la loi, consisterait en un coup de force, en une violence performative et donc interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste et qu'aucune justice et aucun droit préalable et antérieurement fondateur, aucune fondation préexistante, par définition, ne pourrait ni garantir ni contredire ou invalider.[24] »

La critique des *CLS* s'étend également au jugement juridique lui-même. Alors que la question du jugement juridique pourrait se laisser saisir dans l'opération d'application du droit[25], Jacques Derrida considère que dans sa version anglaise «*to enforce the law* », l'opération « d'appliquer le droit » révèle sa véritable nature. Les *CLS* empruntent ainsi à la théorie postmoderne sa méthode, soit celle de la déconstruction, en dévoilant ce que cache chaque terme du langage juridique mis au service de l'idéologie libérale dominante : la structure sous-jacente du discours juridique est établie de façon à maintenir certains rapports de pouvoir et les inégalités sociales sous-jacentes[26]. Selon les *CLS*, «[l]e pouvoir judiciaire, qui se définit pourtant comme un arbitre neutre tranchant entre les différentes versions que lui proposent les parties, ne sert en définitive qu'à voiler cette situation sous le couvert d'une objectivité et d'une autorité morale.[27]» « Le droit, soutiennent les *CLS*, est constamment manipulé pour justifier la rationalisation de multiples et divers résultats.[28] » Il est alors facile de comprendre comment, dans cette optique, la question de la légitimation du contrôle judiciaire de constitutionnalité devient « essentiellement incohérente et insoluble[29]». L'influence des *CLS* se

23. J. Gosselin, *op. cit.*, note 10, p. 145.
24. Jacques Derrida, « Force de loi : le "fondement mystique de l'autorité" », *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990, p. 919, 924.
25. L.K. Sosoe, *loc. cit.*, note 20.
26. Drucilla Cornell, « The Violence of the Masquerade : Law Dressed Up as Justice » dans *The Philosophy of the Limit*, New York, Routledge, 1992, p. 155-169 ; J.M. Balkin, « Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice », *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, p. 1131 ; J.M. Balkin, « Deconstructive Practice and Legal Theory », *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 743.
27. J. Gosselin, *op. cit.*, note 10, p. 145.
28. L.K. Sosoe, *loc.cit.*, note 20, p. 36.
29. Paul Brest, « The Fundamental Rights Controversy : The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship », *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 1063, 1109 (traduction de l'auteur de l'article).

remarque dans plusieurs critiques de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

(3) Si l'on cherchait à résumer en une seule formule toutes les critiques suscitées par le contrôle judiciaire de constitutionnalité, il faudrait, je crois, parler de la crainte d'un « gouvernement des juges ». En ce sens, Luc Bégin écrit :

> «Ainsi, particulièrement aux lendemains de jugements controversés de la Cour suprême, il arrive que le spectre du gouvernement des juges soit brandi dans les tribunes publiques et les pages éditoriales de nos quotidiens. [...] Deux commentaires qui reviennent occasionnellement dans les médias mais aussi lors de simples conversations retiendront particulièrement mon attention. Le premier de ces commentaires, énoncé sur le ton du reproche ou de l'indignation, est à l'effet que les juges, depuis 1982, font de la politique, que leurs décisions sont de nature politique, ou encore, que les juges se font politiques. Le second de ces commentaires, tout aussi réprobateur et en continuité avec le premier, est à l'effet que ces mêmes juges usurpent un pouvoir qui revient en propre aux législa-teurs, ou encore, qu'ils n'ont pas la légitimité nécessaire pour agir comme ils le font lorsqu'ils annulent une disposition légale adoptée par un Parlement élu. Mis ensemble, ces deux commentaires peuvent se traduire par la formule suivante: nous assistons à une politisation du juridique, ou du pouvoir judiciaire, et cette politisation est illégitime.[30]»

Le déplacement du pouvoir politique vers les tribunaux serait ainsi irréconciliable avec le principe démocratique, compris dans ses dimensions représentative, électorale et majoritaire. L'un des plus farouches défenseurs de cette thèse est sans doute Michael Mandel. Dans son ouvrage, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, M. Mandel fustige la politique judiciarisée qui, en légitimant l'inégalité du *statu quo* et une forme inégalitaire de politique, «est par essence *antidémocratique*, que ce soit en théorie ou en pratique»[31]. Pierre d'assise de cette judiciarisation du politique, la *Charte canadienne des droits et libertés* «constitue, sans l'ombre d'un doute, une révolte contre la nature majoritaire du système; mais elle ne remplace pas celui-ci par une démocratie plus parfaite. En réalité, elle fait partie intégrante d'une

30. Luc Bégin, «Le Québec de la Charte canadienne des droits et libertés et la critique de politisation du juridique» dans Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 154.

31. M. Mandel, *op. cit.*, note 5, p. 109.

redéfinition de la démocratie qui cherche à l'accorder aux énormes inégalités ancrées dans la société.[32] »

La judiciarisation du politique transfère dans l'arène judiciaire des questions qui étaient auparavant réglées au sein des parlements. Cette nouvelle forme de politique substitue au conflit d'intérêts la question de principe, les problèmes controversés devenant des « questions « non partisanes » sur les droits et sur la juste interprétation de la Constitution[33] ». Ainsi, la judiciarisation ne représente pas seulement un changement de forum de discussion, elle apparaît au surplus comme la confiscation du pouvoir politique des élus au profit de juges. Considérant que les dispositions de la *Charte* ne font que formuler « de vagues idéaux sans fournir toutefois la moindre instruction sur la manière de les satisfaire concrètement », M. Mandel se demande : « Comment est-ce possible de croire un instant que de telles mesures s'appliqueraient de manière automatique ? Qu'il suffirait de consulter un dictionnaire pour découvrir comment les appliquer dans la vie quotidienne ?[34] » En cela, il montre bien en quoi sa compréhension de l'interprétation repose sur une conception classique, associée aux présupposés du positivisme juridique. M. Mandel pose comme condition de possibilité d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité légitime une différenciation entre le processus de décision politique et le jugement juridique : « Puisque, en se livrant à l'examen des textes législatifs, les tribunaux se penchent sur les mêmes questions que les politiciens élus, le raisonnement judiciaire doit être présenté comme fondamentalement différent du raisonnement législatif, sous peine de voir les juges s'exposer à l'accusation de vouloir subvertir la démocratie.[35] » L'auteur rejette cette idée d'une différence entre les deux types de discours, niant du même coup l'existence des principes juridiques mise en lumière par Ronald Dworkin.

En manquant de la sorte la dimension interprétative du droit et en s'appuyant sur la signification traditionnelle du principe de la séparation des pouvoirs, M. Mandel ne peut affirmer la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, puisque sa critique est fondée sur le postulat de la théorie représentative et majoritaire de la démocratie. Ce déficit de représentativité des tribunaux[36] ne leur permet certes pas d'invalider la loi de la majorité, « fondamentale en démocratie » : « Pour les philosophes de la politique, de Platon et Aristote aux concepteurs de la Constitution américaine du XVIII^e^ siècle et de celle du Canada au XIX^e^ siècle, la démocratie équivalait à

32. *Ibid.*
33. *Ibid.*, p. 112.
34. *Ibid.*, p. 70.
35. *Ibid.*, p. 95-96.
36. *Ibid.*, p. 83.

« la loi du plus grand nombre de *sans propriété* » et, pour cette raison, ils la craignaient et la détestaient. Voilà pourquoi la loi de la majorité est fondamentale en démocratie. Et voilà aussi pourquoi la Charte, puisqu'elle permet à certains individus de contourner les institutions et les groupes représentatifs, et de présenter des réclamations qui l'emportent sur d'autres — pourtant plus représentatives — uniquement parce qu'elles sont plus compatibles avec des droits abstraits enracinés dans le *statu quo*, est une perversion de la démocratie.[37] »

M. Mandel n'est pas le seul à véhiculer les idées des *Critical Legal Studies* afin de condamner les transformations entraînées par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité formulées par Wayne Mackay, Allan C. Hutchison et Andrew Petter subissent de même l'influence de ce mouvement. Se qualifiant lui-même de sceptique à l'égard du potentiel de changement qu'incarne la *Charte*, W. Mackay prétend qu'il faut abandonner les prétentions à l'objectivité dans le processus judiciaire[38]. Le discours judiciaire étant empreint de jugements de valeur, il est à souhaiter qu'il s'ouvre à d'autres disciplines. Quant à A.C. Hutchison et A. Petter[39], ils rejettent la prémisse libérale sous-tendant la *Charte*. Selon eux, l'individu ne jouit pas d'une sphère d'autonomie prépolitique qu'il faut protéger de l'intervention de l'État ; celui-ci permet au contraire l'exercice de la liberté. L'action législative ou gouvernementale promeut le développement des droits sociaux et économiques, ce qui rend le libéralisme condamnable puisqu'il favorise la judiciarisation.

(4) La politique judiciarisée sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés* est également considérée comme antidémocratique par Frederick L. Morton et Rainer Knopff. Ceux-ci ont mis en lumière les effets de l'introduction de la *Charte* sur le système politique : « Dans les faits, elle a donné naissance à une nouvelle forme de politique s'appuyant sur la loi et qui, de propos délibéré, contourne le processus démocratique traditionnel du gouvernement collectif avec élections au suffrage universel et régime parlementaire responsable.[40] » Plusieurs groupes de pression et mouvements

37. *Ibid.*, p. 110.
38. A. Wayne MacKay, « Judging and Equality : From Whom Does the Charter Toll ? », *Dalhousie Law Journal*, vol.10, 1986, p. 35, 90.
39. Allan C. Hutchison et Andrew Petter, « Private Rights / Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter », *University of Toronto Law Journal*, vol. 38, 1988, p. 278.
40. Frederick L. Morton et Rainer Knopff, « La Cour suprême, à l'avant-garde de l'élite intellectuelle — le mouvement fondé sur la Charte dans la politique post-matérialiste » dans Janet Ajzenstat (dir.), *Le constitutionnalisme canadien : 1791-1991*, Ottawa, Groupe canadien des questions parlementaires, 1992, p. 59, à la page 60.

sociaux, constitués en ce que F.L. Morton et R. Knopff appellent le « parti judiciaire », ont, depuis 1982, préféré se tourner vers les tribunaux afin de faire prévaloir leur cause, à la recherche de gains de nature constitutionnelle qui s'imposent par la suite au pouvoir politique et législatif. Cette politique constitutionnelle des intérêts a profondément modifié la culture constitutionnelle en axant celle-ci sur la reconnaissance d'identités politiques particulières canalisées au sein de groupes de pression[41]. Ainsi, ces mouvements sociaux, forts de leur nouveau statut d'acteurs constitutionnels — titre auparavant réservé aux gouvernements dans le cadre du fédéralisme exécutif —, tentent de défendre leurs intérêts devant les tribunaux.

F.L. Morton et R. Knopff dénoncent aussi le nouveau rôle du pouvoir judiciaire. Souhaitant limiter le travail des juges à l'application du droit, ils estiment que l'approche interprétative exigée par la *Charte* stigmatise la fonction de juger, pour en faire une fonction politique[42]. Faisant écho aux travaux du mouvement *Law and literature* et au déconstructivisme, F. L. Morton et R. Knopff estiment que la métaphore de l'arbre vivant, souvent utilisée pour expliquer l'interprétation des textes constitutionnels depuis l'affaire *Edwards*[43], favorise la création judiciaire du droit, surtout dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*[44]. Leur conception de l'interprétation juridique rejoint l'idée du caractère paradoxal du contrôle judiciaire : le juge doit appliquer une norme qu'il crée[45]. L'insuffisance de penser une théorie de l'interprétation juridique fait apparaître le paradoxe du constitutionnalisme libéral moderne : puisque les tribunaux possèdent le pouvoir de définir le sens des dispositions constitutionnelles, le pouvoir judiciaire n'est plus contraint par des limites constitutionnelles et, contrairement à ce que prescrit le constitutionnalisme, il n'est donc plus soumis à la Constitution[46].

(5) Ils sont nombreux parmi les critiques de la justice constitutionnelle à considérer la clause limitative de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme le nœud gordien du

41. *Ibid.*, p. 70 ; voir aussi les travaux d'Alan Cairns (*loc. cit.* et *op. cit.*, note 18) sur cette question. Sur le même sujet, voir : Kathy L. Brock, « The Politics of Process » dans Douglas M. Brown (dir.), *Canada : The State of the Federation 1991*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1991, p. 59 ; Mary Eberts, « The Constitution, the Charter and the Distinct Society Clause : Why Are Women Being Ignored ? » dans M.D. Behields, *op. cit.*, note 18, p. 302, aux pages 304-305.
42. F.L. Morton et R. Knopff, *op. cit.*, note 5, p. 150.
43. *Edwards* c. *P.G. Canada*, [1930] A.C. 124.
44. F.L. Morton et R. Knopff, *op. cit.*, note 5, chap. 5, notamment p. 117-118 ; C.P. Manfredi, *op. cit.*, note 5, p. 53.
45. Peter Russell, « The Paradox of Judicial Review », *Queen's Law Journal*, vol. 12, 1987, p. 421, 428.
46. C.P. Manfredi, *op. cit.*, note 5, p. 37.

contrôle judiciaire de constitutionnalité. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada confirme d'ailleurs cette idée : le résultat du contrôle judiciaire semble directement relié à la conception qu'entretiennent les juges quant au sens à donner à ce fameux test de l'article premier. Toutefois, afin de résoudre le paradoxe du constitutionnalisme libéral identifié ci-dessus, c'est bien davantage à la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte*, et non à la clause limitative, que s'en remettent plusieurs des tentatives d'accorder le contrôle judiciaire de constitutionnalité aux impératifs de la démocratie représentative. La *Charte* y est conçue comme « un frein à l'arbitraire du pouvoir étatique », « un moyen par lequel, pour reprendre la formule de Montesquieu, « le pouvoir arrête le pouvoir ».

> « Mais à son tour, il ne faut pas que le pouvoir judiciaire devienne trop puissant et incontrôlé dans son interprétation de la Charte de telle sorte qu'il devienne lui aussi enclin arbitrairement à contrecarrer les vœux du législateur. D'où le contrepoids que crée l'article 33. Il est un peu le double, à l'endroit du pouvoir judiciaire, de ce qu'est l'ensemble de la Charte à l'endroit du pouvoir législatif. Il joue le rôle d'un contre-pouvoir afin que le contrôle judiciaire ne serve pas non plus à forger une suprématie du judiciaire susceptible de déboucher sur son impérialisme.[47] »

Dans l'objectif de solutionner le paradoxe du constitutionnalisme libéral, caractérisé par la tension entre la suprématie constitutionnelle et le contrôle judiciaire chargé de veiller à cette suprématie de la constitution, il importe de limiter le pouvoir des autorités judiciaires. Sinon, la sempiternelle question « *Sed quis custodiet ipsos custodes*?[48] » demeure sans réponse. Puisque le constitutionnalisme libéral met au premier plan ce système de poids et contrepoids, l'article 33 ferait participer le contrôle judiciaire à l'idéal démocratique[49]. Alors que la clause dérogatoire est souvent présentée comme une explication légitimatrice du contrôle judiciaire de constitutionnalité[50], cette tentative de justification paraît moins fonder l'action du juge constitutionnel que rétablir la primauté du pouvoir législatif, suivant une conception traditionnelle de la séparation des

47. J. Gosselin, *op. cit.*, note 10, p. 251.
48. Jacques-Yvan Morin, « Le pouvoir des juges et la démocratie : Sed quis custodiet ipsos custodes ? », *Revue juridique Thémis*, vol. 28, 1994, p. 799 ; Edward J. McBride, « Judging and Equality : *Quis Custodiet Ipsos Custodes* ? », *Dalhousie Law Journal*, vol. 10, 1986, p. 1.
49. C.P. Manfredi, *op. cit.*, note 5, p. 203.
50. Voir notamment C.P. Manfredi, *op. cit.*, note 5 ; J. Gosselin, *op. cit.*, note 10 ; Janet L. Hiebert, *Limiting Rights. The Dilemma of Judicial Review*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.

pouvoirs et du principe de la souveraineté parlementaire. Par ailleurs, il faudrait peut-être nuancer l'évaluation du rôle de la clause dérogatoire dans son effort de favoriser le pouvoir des représentants élus au détriment des juges. Ainsi, selon Alain Baccigalupo, en sa qualité de contrepoids au pouvoir judiciaire, l'article 33, «par un curieux effet de ricochet», «non seulement ne contribue pas réellement à renforcer les pouvoirs du politique vis-à-vis des autorités judiciaires, mais bien au contraire encourage les contrôles judiciaires vis-à-vis du législateur» : «En effet, tirant des leçons de l'existence ou de la non-utilisation de cette disposition par les parlementaires, les juges ont développé une forte tendance à conclure que si la disposition n'a pas été utilisée par le législateur alors qu'elle était à sa disposition, c'est que celui-ci souhaitait voir sa loi soumise au contrôle et à l'interventionnisme judiciaire[51].»

LES THÉORIES DE LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

(1) La réforme constitutionnelle de 1982 a modifié les fondements de l'ordre juridique canadien. D'un système fondé sur la souveraineté parlementaire, suivant en cela le modèle du Royaume-Uni dont il a hérité, le Canada est passé à une suprématie constitutionnelle. Ce rapprochement avec le modèle constitutionnel des États-Unis explique pourquoi le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité soit devenu si important. Les théories justificatives du contrôle judiciaire de constitutionnalité tentent, de différentes façons, d'établir la légitimité de la justice constitutionnelle. Une théorie justificative adéquate devrait préciser les fondements du jugement juridique afin de fournir au juge constitutionnel une conception du raisonnement qu'il doit effectuer. C'est précisément là qu'échouent plusieurs théories qui pensent le jugement juridique dans le cadre du positivisme juridique. De plus, une théorie justificative satisfaisante devrait expliquer comment la fonction judiciaire participe, de manière aussi importante que la fonction législative, au processus démocratique.

(2) Le débat américain est axé autour de l'opposition entre l'interprétativisme et le non-interprétativisme. Le pôle interprétativiste, ou originaliste, justifie l'action du juge constitutionnel en la limitant à un travail d'interprétation de la constitution ou, plus exactement, de recherche de l'intention originelle des pères fondateurs. Pour demeurer

51. Alain Baccigalupo, «Le système politique canadien depuis l'avènement de la charte : démocratie ou juriscratie ?» dans L. Balthazar, G. Laforest et V. Lemieux, *op. cit.*, note 19, p. 121, à la page 132.

légitime, le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit se fonder sur une interprétation littérale du texte constitutionnel. Le juge doit ainsi rechercher l'intention première du constituant, en se replaçant dans le contexte de l'élaboration et de l'adoption de la constitution. Comme l'ont fait remarquer les partisans de la thèse non-interprétativiste, la théorie moderne de l'interprétation a bien montré les limites de cette conception de l'interprétation juridique.

La thèse originaliste entretient donc le doute antidémocratique du contrôle judiciaire, puisqu'en fait elle considère illégitime tout pouvoir interprétatif créateur. À cet égard, les postulats théoriques de la thèse originaliste se rapprochent de ceux des critiques inspirées des *Critical Legal Studies*. Dès ses premières décisions sous la *Charte*, la Cour suprême du Canada a tenté de lever toute controverse sur cette question. En effet, dans le *Renvoi sur le par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.)*[52], la majorité a rejeté la thèse originaliste confirmant ainsi l'approche interprétative en matière constitutionnelle fondée sur la métaphore de l'arbre vivant[53]. Toutefois, la position adoptée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, selon laquelle les juges doivent se libérer de tout doute quant à leur légitimité démocratique, est sérieusement limitée par une autre affirmation du juge A. Lamer contenue dans ce même avis consultatif : « Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution.[54] » Ainsi, l'action du juge constitutionnel serait légitime en autant qu'elle manifeste une attitude de retenue judiciaire. Cette approche de déférence constitue d'ailleurs l'une des techniques légitimatrices servant à réconcilier le contrôle judiciaire de constitutionnalité et la démocratie[55] — ce qui peut, par ailleurs, paraître contraire au constitutionnalisme américain qui fonde la limitation du pouvoir sur un système de poids et contrepoids entre les différentes institutions gouvernementales plutôt que sur l'autolimitation de chacune d'elles[56]. Cette idée a eu une influence importante

52. [1985] 2 R.C.S. 486.
53. *Edwards c. P.G. Canada*, précité, note 43. Dans son ouvrage *Understanding Charter Remedies*, Carswell, Toronto, 1995, Oonagh E. Fitzgerald souligne l'incohérence de la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême concernant l'importance à accorder à l'intention historique du constituant : voir 2,2(a), p. 2-50.
54. *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act, (C.-B.)*, précité, note 54, p. 496 (j. Lamer).
55. A. Bickel, *op. cit.*, note 5 ; Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process — A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.
56. John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1984.

sur la jurisprudence de la Cour suprême, puisque celle-ci a fait preuve de retenue judiciaire dans le contrôle constitutionnel, notamment sous l'article premier de la *Charte* dans l'assouplissement du critère de l'atteinte minimale[57]. Pourtant, la distinction sur laquelle s'appuie cette approche de retenue judiciaire s'avère elle-même problématique. En effet, la distinction entre la sagesse (ou l'opportunité) et la constitutionnalité des décisions du législateur ne serait qu'un « trompe-l'œil » puisqu'en déterminant si un objectif législatif est suffisamment important ou non, le tribunal doit nécessairement se prononcer sur l'à-propos ou le bien-fondé de la politique législative[58].

Même si certains auteurs prétendent que cette distinction, quoique critiquable, est nécessaire pour maintenir la légitimité du contrôle judiciaire[59], il faut rejeter les théories du contrôle de constitutionnalité qui ont cherché à justifier la légitimité du pouvoir judiciaire en suggérant que celui-ci doit s'abstenir de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois. Une telle approche risque de réintroduire la conception paradigmatique de la démocratie, qui a servi à condamner le contrôle judiciaire de constitutionnalité : lorsqu'elle justifie l'action légitime du juge constitutionnel en la soumettant à la primauté du pouvoir législatif, la théorie constitutionnelle participe ainsi à l'obstacle épistémologique[60].

(3) Dans sa jurisprudence, la Cour suprême se considère parfois comme une alliée de la démocratie canadienne, dans la mesure où le processus judiciaire permet « à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation[61] ». La Cour suprême fait ainsi sienne l'une des principales justifications du contrôle judiciaire de constitutionnalité, la théorie du renforcement de la représentation, qui conçoit le contrôle judiciaire comme un complément de la démocratie représentative. Développée par John H. Ely[62], cette théorie prête au contrôle judiciaire le rôle de combler les lacunes procédurales du processus politique et législatif traditionnel en permettant aux points

57. José Woehrling, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême » dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1992, Cowansville, Blais, 1993, p. 3-34.
58. K. Benyekhlef, « Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », *Revue de droit de McGill*, vol. 38, 1993, p. 91, 98.
59. Mark Gold, *loc. cit.*, note 7, 18.
60. K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 58, p. 112.
61. *R.* c. *Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, 931-932 (juge Dickson).
62. John H. Ely, *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

de vue minoritaires de se faire valoir devant les tribunaux. En ce sens, le contrôle judiciaire ne contredit pas le principe démocratique, il en constitue au contraire une condition de possibilité. Ce type d'approche, dit processualiste (*process-based theory*), fonde la légitimité des tribunaux sur la participation au processus démocratique : le contrôle judiciaire doit s'attacher à bonifier le processus législatif plutôt que de porter un jugement sur les résultats législatifs pris isolément. En justifiant le contrôle judiciaire par le renforcement de la démocratie qu'il est censé créer, J.H. Ely pense d'abord aux minorités discrètes et isolées qui sont exclues du processus traditionnel[63].

Sur cette base, Patrick J. Monahan a proposé que l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisse promouvoir les valeurs démocratiques et, en conséquence, favoriser la participation égale au processus démocratique[64]. Il discute également l'idéologie sous-tendant la constitutionnalisation des droits et libertés de la personne : véhicule de la pensée libérale classique, la *Charte* doit également accorder une importance aux valeurs communautaires et républicaines. En concevant le contrôle judiciaire comme un moyen de parfaire la participation au processus démocratique, cette théorie de la légitimité confirme cependant le principe démocratique de la représentation et accepte la formulation traditionnelle du problème de la légitimité de la justice constitutionnelle : pour combler le déficit démocratique de cette dernière, il suffit de la rendre plus représentative.

Selon la même approche processualiste, H. Scott Fairley reconnaît au contrôle judiciaire un rôle de correction du processus démocratique[65]. À titre d'exemple, la question de l'avortement, dans une telle perspective, n'exige pas des tribunaux qu'ils posent un jugement de valeur entre le droit à la vie et le droit à la liberté. Plutôt que de se prononcer sur le fond de cette question, ils devraient s'assurer que tous les intérêts en cause sont pris en compte. De cette façon, le contrôle judiciaire améliore le processus démocratique et consacre sa propre légitimité.

Tant aux États-Unis qu'au Canada, des critiques importantes ont été adressées à l'approche processualiste. Elles concernent princi-

---

63. Certains auteurs ont par la suite cherché à élargir la portée de la théorie en l'appliquant à tous les individus ou groupes dont les intérêts ne sont pas pris en compte par le processus politique et législatif ; voir : Bruce A. Ackerman, « Beyond Carolene Products », *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713.
64. Patrick J. Monahan, *Politics and the Constitution : The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987 ; Patrick J. Monahan, « Judicial Review and Democracy : A Theory of Judicial Review », *University of British Columbia Law Review*, vol. 21, 1987, p. 87.
65. H. Scott Fairley, « Enforcing the Charter : Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review », *Supreme Court Law Review*, vol.4, 1982, p. 217.

palement l'impossibilité d'examiner la forme du processus démocratique sans s'attarder au fond : lorsqu'il doit déterminer si le processus législatif a suffisamment pris en compte certains intérêts, le juge ne peut s'abstenir d'évaluer l'importance de ceux-ci au niveau du fond[66]. Jugeant inadéquate la théorie de J.H. Ely, eu égard au libellé de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Peter Hogg souligne que les garanties constitutionnelles ne sont pas formulées en termes procéduraux mais en termes substantiels, à l'exception des garanties judiciaires qui ne concernent toutefois pas le processus politique ou législatif et visent à assurer la dignité humaine. Il refuse de lier de la sorte la légitimité du contrôle judiciaire au renforcement de la participation au processus démocratique, y préférant une position plus pragmatique qui s'articule autour des éléments suivants : le caractère contraignant de l'interprétation, l'article premier et l'article 33 de la *Charte* et, enfin, la volonté du constituant d'accorder un tel rôle aux tribunaux.

(4) C'est dans le cadre d'une discussion critique de la théorie de J.H. Ely que Ronald Dworkin propose sa propre conception de la légitimité du contrôle judiciaire. L'herméneutique juridique de R. Dworkin, qualifiée parfois de néo-*jus*naturalisme[67], s'oppose à toute approche processualiste[68]; au contraire, la décision judiciaire doit reconstruire de manière cohérente le système juridique. La théorie de R. Dworkin repose sur certaines distinctions qu'il établit, notamment entre les règles, les principes et les *policies*[69]. Au positivisme juridique, principalement celui de H.L.A. Hart, qui ne considère que les règles juridiques, et à la critique du caractère politique de l'opération de juger fondée sur les arguments de *policy*, Dworkin oppose une conception de la légitimité du pouvoir judiciaire reposant sur les arguments de principes. Ainsi, lorsque les tribunaux révisent les considérations législatives concernant l'intérêt public, par exemple, ils se fondent sur des arguments de *policy*, ce qui rend leur action illégitime. À l'opposé, lorsque les tribunaux se limitent aux arguments de principes, en déterminant quels droits sont protégés par la constitution, ils évitent de contrôler la sagesse ou l'opportunité de la loi. Cette théorie constitutionnelle de la légitimité du contrôle judiciaire empêche les tribunaux de remettre en question les politiques

66. Laurence Tribe, « The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories », *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 1063 ; P. W. Hogg, *loc. cit.*, note 10.
67. Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 150 et s.
68. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 69.
69. Voir : Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

législatives (*policies*) : tant que les tribunaux s'occupent d'interpréter et d'appliquer des concepts constitutionnels, leur action demeure démocratique, ce qui cesse dès lors qu'ils font valoir des conceptions particulières de la justice[70].

L'influence de la théorie de R. Dworkin se vérifie chez certains auteurs canadiens. Notamment, Lorraine Eisentat Weinrib reprend cette idée des questions de principes[71]. De même, commentant un avis consultatif émis par la Cour suprême du Canada, Luc B. Tremblay élabore, à partir des jalons posés par la Cour, une théorie susceptible de légitimer l'action constitutionnelle du pouvoir judiciaire, une théorie constitutionnelle restreinte, qui se fonde sur cette distinction dworkinienne entre *policy* et principe : «[...] la nature du processus de décision constitutionnelle n'a pas été modifiée et, de façon à lui conserver une certaine légitimité, les tribunaux doivent se garder de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois.[72]» Dans la mesure où elle reconnaît une distinction entre l'évaluation des choix législatifs et la protection des libertés, cette théorie constitutionnelle restreinte continue, selon Karim Benyekhlef, «à être habitée par le paradigme démocratique élémentaire» : ce modèle théorique, «[...] parce qu'il singularise l'action du centre législatif et tente de justifier la mission constitutionnelle du centre judiciaire *par rapport* au principe majoritaire présenté comme prééminent (oblitération du polycentrisme), participe de l'obstacle épistémologique.[73]»

L'approche interprétativiste de R. Dworkin, qui «combat la thèse d'une réduction du droit aux seules règles posées par les autorités instituées constitutionnellement et met en évidence la composante morale de tout jugement juridique[74]», risque au surplus de restaurer certains postulats positivistes. En effet, lorsqu'il affirme que le juge doit déterminer la solution la plus appropriée en choisissant parmi les normes (règles et principes) du système juridique de manière à en préserver la cohérence, R. Dworkin ne défend-il pas à la fois le caractère indéterminé du jugement juridique et la complétude du droit : «Comment peut-on affirmer le caractère radicalement interprétativiste de la démarche du juge si l'on présuppose la complétude du système, si l'on présuppose que «l'histoire» juridique

70. R. Dworkin, *op. cit.*, note 68, p. 69.
71. Lorraine Eisentat Weinrib, «The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter», *Supreme Court Law Review*, vol. 10, 1988, p. 469.
72. Luc B. Tremblay, «Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act, (C.-B.)», *R.D.U.S.*, vol. 18, 1987, p. 139, 183.
73. K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 58, p. 112.
74. Jacques Lenoble, «Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et post-modernes», *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, vol. 20, 1991, p. 179, 200.

fournit les normes (règles et principes) à l'aide desquelles juger?[75]» Pour reconstruire le système juridique, R. Dworkin imagine une personne, le juge Hercule, qui connaît tous les principes du droit et «doit élargir sa théorie pour inclure l'idée qu'une justification de l'histoire institutionnelle peut présenter une partie de cette histoire comme étant erronée[76]». C'est à juste titre que Lukas K. Sosoe souligne que «[l]'idée d'un personnage qui peut dégager de l'histoire du droit et des décisions précédentes une rationalité normative épurée des erreurs juridiques du passé est trop extravagante pour être convaincante.[77]» Comme le fait remarquer le critique de l'herméneutique gadamérienne, Jürgen Habermas, «les idéalisations logées dans la théorie d'Hercule sont dérivées d'une idée régulatrice qui n'est pas immédiatement conçue en fonction du problème qu'il nous faut résoudre — celui de la rationalité de la justice en exercice —, mais ressortit plutôt à la compréhension normative, inscrite dans la réalité constitutionnelle, que les ordres produits par l'État de droit ont d'eux-mêmes. L'obligation pour le juge de trancher les cas particuliers à la lumière d'une théorie qui justifie le droit en vigueur comme un tout à partir de principes, est le reflet d'une obligation *antérieure* qui, issue de l'acte de fondation de la Constitution, incombe aux citoyens et requiert d'eux qu'ils préservent l'intégrité de leur vie en commun en obéissant à des principes de justice et ayant les uns pour les autres le respect dû entre membres d'une association d'hommes libres et égaux.[78]» En d'autres termes, «[a]lors que l'enjeu c'est la fondation de l'obligation qui a présidé à l'adoption d'une constitution démocratique, [Dworkin] nous présente, en guise de justification, l'histoire de cette constitution même et des lois auxquelles elle a donné lieu.[79]»

Enfin, plusieurs reprochent à la théorie de R. Dworkin son approche monologique. L'interprétation individuelle d'Hercule omet la dimension intersubjective de la reconstruction rationnelle du droit, entreprise commune qui n'est possible qu'à la condition de soumettre la production du sens à plusieurs perspectives. Comme l'écrit Frank Michelman,

> «[c]e qui fait défaut, c'est le dialogue. Hercule [...] est un solitaire. Il est beaucoup trop héroïque. Ses constructions narratives sont des monologues. Il ne converse avec personne, hormis par le truchement des livres. Il ne fait aucune rencontre. Il ne va au-

75. *Ibid.*, p. 202-203.
76. Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 201.
77. L.K. Sosoe, *loc. cit.*, note 20, p. 42.
78. J. Habermas, *op. cit.*, note 6, p. 237.
79. L. K. Sosoe, *loc. cit.*, note 20, p. 43.

> devant d'aucune altérité. Rien ne l'ébranle. Aucun interlocuteur ne viole l'inévitable insularité de son expérience et de son horizon. Hercule n'est qu'un homme, après tout. Personne, homme ou femme, ne pourrait être comme cela. Dworkin a produit une apothéose en matière de jugement judiciaire sans faire attention à ce qui semble être la caractéristique institutionnelle la plus universelle et la plus frappante d'une juridiction d'appel, sa pluralité [sa collégialité][80]».

(5) Devant l'insuffisance du seul registre de l'interprétation pour régler à la fois les questions de sens et de validité, certains théoriciens et philosophes ont développé les idées d'argumentation et de communication, prenant ainsi acte non seulement du tournant interprétatif, mais aussi du tournant linguistique. Le passage d'une philosophie de la conscience ou du sujet à une philosophie du langage a donné naissance à plusieurs conceptions juridiques procédurales. L'une des idées communes de ces théories procédurales de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité réside dans la notion de délibération démocratique. Selon celle-ci, la source de la légitimité n'est ni la volonté déjà formée des individus, ni la volonté fondée sur des principes juridiques *a priori*, mais elle est à chercher dans le processus de formation des volontés, la délibération et, sur le plan du droit, dans le processus démocratique d'élaboration du droit[81]. Bien que l'idée de discussion ou de dialogue en tant que critère de légitimation reçoive, depuis quelques années, un appui considérable dans différents systèmes de droit[82], elle n'est pas pour autant récente. En effet, Eugene Rostow[83] et Abram Chayes[84] avaient déjà proposé de reconnaître sur cette base le caractère démocratique du contrôle judiciaire. Dans le cadre du débat canadien, l'idée de dialogue ou de discussion est également retenue. Notamment, Karim Benyekhlef, qui

---

80. Frank I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, p. 76 (traduction tirée de J. Habermas, *op. cit.*, note 6, p. 246).
81. Voir aux États-Unis: Joshua Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», dans Alan Hamlin et Philip Pettit (dir.), *The Good Polity*, London, Basil Blackwell, 1989, p. 17-34; en France, Bernard Manin, «Volonté générale ou délibération? Esquisse d'une théorie de la délibération politique», *Le Débat*, vol. 33, 1985, p. 72; en Allemagne, les travaux de Jürgen Habermas, *op. cit.*, note 6, notamment le chapitre VII et *L'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.
82. Voir notamment: Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review», *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 577; Dominique Rousseau, «La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel», *Le Débat*, vol. 96, 1997, p. 73.
83. Eugene V. Rostow, «The Democratic Character of Judicial Review», *Harvard Law Review*, vol. 66, 1952, p. 193.
84. Abram Chayes, «The Role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1281.

s'attache à reconceptualiser la notion de démocratie (généralement limitée au moment électoral, au suffrage universel et à la règle de la majorité) devant l'insuffisance des différentes approches critiques et justificatives du contrôle judiciaire de constitutionnalité, reprend le modèle polycentrique de Jean Baechler : la répartition du pouvoir de la politie en plusieurs centres exige comme mode de fonctionnement la palabre, la discussion[85]. En cherchant à incorporer les droits et libertés dans la conceptualisation de la démocratie, K. Benyekhlef retient alors une conception nouvelle du droit naturel précisée par Alain Renaut et Lukas Sosoe : «[...] une fois séparée des illusions métaphysiques qui l'avaient accompagnée, l'idée du droit naturel, comme il en est de toute Idée après sa critique, devient une pratique ou une méthode, — celle-là même de l'argumentation[86]».

Selon K. Benyekhlef, ainsi dépouillé de ces «scories à relent métaphysique», le droit naturel devient, en s'amarrant à la conception polycentrique de la démocratie, une pratique ou une activité communicationnelle.

> «Les libertés apparaissent [alors] nécessaires à la démocratie», «parce qu'elles constituent une médiation institutionnelle de l'activité communicationnelle (la palabre)[...]» : «On peut donc remarquer qu'il existe, au plan principiel, une convergence théorique indéniable selon laquelle l'activité communicationnelle, fondement rationnel de la discussion, constitue un mode démocratique (d'argumentation). Le pouvoir judiciaire, élément de l'ensemble polycentrique, représente à cet égard un forum, parmi d'autres, de discussion[87].»

La notion de dialogue entre les différentes instances de la politie représente également l'idée archétypale de la théorie récente de Peter Hogg et Allison Thornton. Leur position s'appuie sur une étude empirique dans laquelle ils ont examiné les réponses du législateur, fédéral ou provincial, aux déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité[88]. En

---

85. Jean Baechler, *Démocraties*, Paris, Calmann-Lévy, 1985.
86. Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 415.
87. K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 58, 120. Voir aussi : J. Frémont, *loc. cit.*, note 4. Dans ce modèle communicationnel, on a aussi suggéré que les participations au dialogue ne soient pas limitées aux institutions législatives et judiciaires. Anne Bayefsky, par exemple, suggère que le dialogue s'étende à l'auditoire universel ou à la société civile : Anne F. Bayeksky, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», *McGill Law Journal*, vol. 32, 1987, p. 791, 832.
88. Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures : Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75.

pensant le contrôle judiciaire comme un dialogue entre les institutions, les tribunaux retrouvent leur fonction démocratique. Les tribunaux doivent néanmoins laisser au législateur une possibilité de répondre en ne s'arrogeant pas le dernier mot sur les choix législatifs[89]. Critiquant cette conception du contrôle judiciaire de constitutionnalité élaborée par P. Hogg et A. Thornton, F.L. Morton conteste la notion de dialogue retenue par ceux-ci : à la suite des décisions judiciaires, les législateurs seraient plutôt obligés de s'y conformer et d'adopter les choix législatifs édictés par les juges, ce qui ne peut être considéré comme un processus dialogique[90]. À son avis, ni l'article premier ni l'article 33 de la *Charte* ne servent à contrebalancer le pouvoir judiciaire[91]. Le premier amène les juges à se prononcer à la fois sur les moyens et les objectifs législatifs, ce qui impose des obstacles insurmontables pour toute loi ultérieure allant dans un sens contraire au jugement. De même, le recours à la clause dérogatoire devient politiquement impossible après la judiciarisation : le jugement consacre par la suite le *statu quo*. Pour ces raisons, le dialogue serait généralement un monologue où les juges parlent et le législateur écoute[92].

Au-delà de cette forme interinstitutionnelle de dialogue, la notion de délibération peut intéresser d'une autre manière la légitimité du droit et du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Récemment, Luc B. Tremblay a proposé une théorie du contrôle judiciaire fondée sur le concept de démocratie délibérative[93]. Selon cette théorie, la légitimité doit, dans cette perspective, s'articuler autour de l'idée de justification publique. Pour être acceptée de ceux à qui elle s'applique, une loi ou décision doit être justifiée par des raisons susceptibles d'être admises comme valides. Dans une démocratie délibérative, les autorités publiques ont l'obligation morale d'agir de manière légitime. En conséquence, les juges ne doivent pas reconnaître des lois illégitimes comme des raisons valides dans le processus décisionnel. Ainsi, le professeur Tremblay lie la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité à la légitimation du droit. Le pouvoir judiciaire est moralement investi de la légitimité générale de contrôler la constitutionnalité des lois : seules les lois dont la justification peut

89. Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », *Options politiques*, avril 1999, p. 19, 22. La notion de dialogue est également invoquée dans la recherche des remèdes constitutionnels par O. E. Fitzgerald, *op. cit.*, note 53.
90. Frederick L. Morton, « Dialogue or Monologue? », *Options politiques*, avril 1999, p. 23.
91. Dans le même sens, voir A. Baccigalupo, *loc. cit.*, note 51, p. 119.
92. F.L. Morton, *loc. cit.*, note 90, p. 26.
93. Luc B. Tremblay, « Deliberative Democracy, Judicial Review, and Basic Interests », *Cahiers de l'ERES*, vol. 2, 2000, p. 1-41.

être établie doivent légitimement être maintenues. Dans une procédure délibérative idéale, le consensus fait en sorte que chaque personne concernée par la norme accepte les raisons sur lesquelles est fondée la décision législative. Pour des considérations pragmatiques, il faut accepter la règle de la majorité, de tels consensus étant en pratique impossibles dans une société pluraliste. En raison de cet écart entre les conditions de légitimité et la règle de la majorité, les tribunaux sont justifiés de contrôler la constitutionnalité des lois.

Ce contrôle judiciaire doit porter sur le processus de justification publique sous-tendant la loi en cause. Sur cette base, la légitimité du droit s'avère une question procédurale, puisqu'elle ne repose pas sur la conformité à une norme supérieure mais plutôt sur la validité du processus délibératif. Celui-ci doit découler d'un critère de justification publique selon lequel une loi est légitime si elle est sous-tendue par des raisons susceptibles d'être acceptées par toutes les personnes concernées. L. Tremblay propose certains jalons afin de guider le contrôle judiciaire dans le cadre d'une théorie de la démocratie délibérative. Notamment, les juges devront déterminer si les justifications de la mesure législative sont valides et acceptables, ce qui comprend des sous-critères d'universalisation, de non-discrimination, d'impartialité, de rationalité. Une telle conception de la démocratie délibérative doit, bien évidemment, laisser le processus démocratique déterminer lui-même les critères de légitimation de certaines procédures. Néanmoins, la question de savoir comment une théorie de la légitimité fondée sur la délibération démocratique doit informer l'action du juge constitutionnel doit être approfondie.

CONCLUSION

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité est souvent considéré comme illégitime, parce que contraire aux fondements de la démocratie représentative. Ceux-ci n'accordent une légitimité qu'aux organes désignés selon le moment électoral, conformément à la conception élémentaire du paradigme démocratique. Ainsi, seuls le suffrage électoral et la règle de la majorité seraient susceptibles de conférer à un pouvoir étatique la légitimité requise. Selon cette conception classique de la démocratie, à défaut d'être élus, les juges ne seraient donc pas des titulaires de cette autorité légitime. Puisque les différentes critiques formulées à l'égard du contrôle judiciaire de constitutionnalité s'alimentent aux thèses des *Critical Legal Studies*, il est pertinent de se demander, en conclusion, à l'égard de quelle approche sont adressées les critiques des *CLS*.

Il semble évident que la neutralité juridique qu'ils attaquent est celle prônée par la conception dominante du droit, le positivisme

juridique. De même, sur le plan du jugement juridique, la critique des *CLS* fait davantage écho à la compréhension du jugement de H.L.A. Hart, selon laquelle l'opération syllogistique d'application cède le pas au pouvoir discrétionnaire du juge en raison du caractère indéterminé de la norme légale[94]. Pour cette raison, les *Critical Legal Studies*, et du même coup les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité, véhiculent une conception positiviste du droit, du jugement juridique et du rapport entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif : « S'il est condamnable que le juge se fasse politique, cela suppose d'abord que l'on conçoive — à la manière positiviste — l'activité décisionnelle du juge comme étant fortement discrétionnaire. » ; 2) « Que l'on parle d'usurpation du pouvoir ou d'exercice illégitime d'un pouvoir, il est fait référence au déplacement du pouvoir d'orienter le droit, déplacement qui s'opère en faveur du judiciaire, dans un contexte de Charte constitutionnalisée. Pour que ce déplacement fasse l'objet d'une critique, il faut que l'on considère que l'unique fondement légitime du droit réside dans la volonté de l'autorité législative. Or c'est là une thèse qui remonte aux formulations les plus anciennes du positivisme et dont on trouve également certains échos chez Kelsen[95] ».

C'est précisément cette compréhension positiviste du droit, dont l'influence se manifeste dans les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité, que tentent de dépasser les différentes théories justificatives de la justice constitutionnelle. Celles-ci accréditent bien souvent l'opposition activisme judiciaire — retenue judiciaire, perpétuant ainsi le malaise antidémocratique dont la justice constitutionnelle souffre depuis si longtemps. Même ces théories parviennent difficilement à se débarrasser de la formulation traditionnelle de la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Il semble qu'il faille en conséquence déplacer la question, ce qui implique à tout le moins d'éviter de réintroduire les présupposés positivistes. Bref, rien ne doit échapper à la critique, ni même le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la souveraineté populaire. Qui plus est, ce déplacement pourrait aller jusqu'à modifier l'objet de la recherche de légitimité : le jugement juridique doit-il encore déterminer le droit ou l'intérêt qui doit l'emporter ou doit-il se limiter à établir quels sont les droits et intérêts dont le droit doit assurer la coexistence ?

Devant l'insuffisance des théories de la légitimité, étayée par la persistance des nombreuses critiques, ne reste-t-il, pour justifier l'action des juges constitutionnels, qu'à invoquer une forme de sagesse des juges semblable à celle, rapportée par Platon dans *Les*

94. Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
95. L. Bégin, *loc. cit.*, note 30, p. 154, aux pages 158 et 161.

Lois, des gardiens de la Cité qu'étaient les membres du Conseil nocturne[96]? Toutes ces théories avancées afin de justifier le contrôle judiciaire de constitutionnalité seraient-elles ainsi vaines? Avant de conclure définitivement, il reste encore à explorer certaines hypothèses permettant de penser à la fois le rôle du pouvoir judiciaire au sein de la politie et la fonction de juger dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

96. J.Y. Morin, *loc. cit.*, note 48.